



Karl Popper chez les juristes : peut-on falsifier un concept juridique ?

Frédéric Rouvière

► To cite this version:

Frédéric Rouvière. Karl Popper chez les juristes : peut-on falsifier un concept juridique ?. *Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif*, 2015, L'évolution et la révision des concepts juridiques, 2014-5 (28), p.2213-2230. hal-01316732

HAL Id: hal-01316732

<https://hal.science/hal-01316732>

Submitted on 17 May 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Karl Popper chez les juristes : peut-on falsifier un concept juridique ?

Frédéric Rouvière

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille, Laboratoire de Théorie du Droit

Résumé. Est-il possible de transposer en droit le critère de la falsifiabilité de Karl Popper pour décider de la validité d'un concept juridique ? L'étude examine trois réponses possibles. D'abord, les concepts juridiques peuvent prendre comme modèle les sciences de la nature. Ensuite, selon un équivalent fonctionnel de la falsifiabilité, les concepts juridiques peuvent être dits révisables dans certaines hypothèses. Enfin, les concepts juridiques peuvent être déclarés totalement inaptes à satisfaire aux exigences poppériennes.

Summary. *Are legal concepts falsifiable with the criteria of refutability of Karl Popper ? This paper examines three possible answers. First, legal concepts can take as model empirical sciences. Second, according to a functional equivalent of the falsifiability, legal concepts can be known as revisable on certain assumptions. Third, legal concepts can be declared completely inapt to satisfy the requirements of Karl Popper.*

1. Le critère de la falsifiabilité – On ne présente plus le critère de la falsifiabilité de Karl Popper tant il est devenu célèbre à travers les exemples canoniques des cygnes ou des corbeaux noirs¹. Selon Karl Popper, la scientificité d'un énoncé ne résulte pas de sa capacité à être vérifié² mais bien de la possibilité à le falsifier³, c'est-à-dire à le réfuter par l'observation de certains faits d'expérience⁴. Ainsi, l'affirmation selon laquelle tous les cygnes ou les corbeaux sont noirs peut être soumise à un test⁵ : il suffira d'observer⁶ un cygne ou un corbeau blanc pour conclure à la fausseté de l'énoncé. Ainsi, cela conduira à *réviser*⁷ les concepts théoriques ayant permis de formuler un tel énoncé.

Toute la question est donc de savoir si les concepts juridiques peuvent être de la même façon soumis au critère de la falsifiabilité. L'enjeu de la question est immense d'un point de vue théorique car il s'agit, ni plus ni moins, d'établir que le droit peut être une science ou peut faire l'objet d'une science.

On remarquera d'emblée que la question de la falsification des concepts juridiques ne correspond pas strictement au problème théorique tel que le pose Karl Popper. En effet, ce

¹ K. Popper, *La logique de la découverte scientifique*, Payot, 1973, p. 23 et p. 83. Edition originale : *Logik der Forschung* (1934). L'ouvrage sera ensuite abrégé en *LDS*.

² *LDS*, p.256 et p.258.

³ *LDS*, p.36-37.

⁴ *LDS*, p.37 et p.85.

⁵ *LDS*, p.41.

⁶ *LDS*, p.102.

⁷ *LDS*, p.69.

dernier parle de falsifier des énoncés et non des concepts⁸. La nuance peut paraître ténue mais elle est théoriquement importante. Dans la pensée de Karl Popper, les concepts ne peuvent pas être falsifiés, ils peuvent seulement être révisés. Un énoncé est une prédiction déduite d'un concept⁹. C'est l'énoncé qui est falsifiable et non le concept. Mais l'un se répercute sur l'autre car si l'énoncé est falsifié je dois réviser mes concepts pour en déduire de nouveaux énoncés qui correspondent mieux avec l'état des choses¹⁰.

2. Application au droit – Tout ce qui précède voudrait donc dire qu'il faudrait, pour être rigoureusement poppérien, distinguer entre les concepts juridiques et les énoncés juridiques. Autrement dit, pour suivre l'enseignement de Popper au plus près, il faudrait identifier des concepts qui permettraient de formuler des énoncés vérifiables dans la réalité juridique. Et c'est sur ce dernier point que le bât blesse. Que faut-il entendre par « réalité juridique » ? C'est ici que le rôle accordé à Popper chez les juristes peut être plus ou moins important.

D'abord, on peut donner à Karl Popper le pouvoir. Ce serait alors à lui de nous dire ce que doit être une science du droit digne de ce nom. Elle devra être empirique ou ne pas être du tout. Il me semble que cette voie est celle qu'ont déjà implicitement suivie bien des courants théoriques. C'est le cas de Hans Kelsen ou Alf Ross, c'est encore plus généralement le cas de l'analyse économique ou sociologique du droit. Le point noir de ces façons de faire est qu'elles conduisent soit à des résultats très pauvres en pratique soit à reconfigurer entièrement le savoir juridique au point qu'il n'a plus qu'un lien lointain avec l'activité quotidienne des avocats, juges, notaires, bref des juristes en général.

Ensuite, Karl Popper peut seulement être notre invité. Il nous indiquerait certaines voies à suivre et des pistes théoriquement fertiles. Dans cette optique cela conduirait à nous demander si les concepts juridiques sont susceptibles d'être vrais ou faux. Cela conduirait encore à s'interroger sur le fait de savoir si les concepts juridiques peuvent même être validés indépendamment d'un test empirique ? Dans cette voie, il ne s'agit pas de plier le genou devant la méthode de Karl Popper mais bien plutôt de s'en servir comme d'un tremplin et de trouver en droit ses équivalents fonctionnels. Par équivalent fonctionnel, j'entends la formulation d'un dispositif théorique qui jouerait le même rôle que le test poppérien de la falsifiabilité.

Enfin, Karl Popper pourrait être traité comme un étranger. On pourrait avoir envie de l'expulser car les différences qui séparent ce qu'on a coutume de nommer « les sciences de la nature » et les sciences sociales seraient des différences trop grandes pour qu'une transposition de l'épistémologie de l'une vers l'autre soit envisageable. A chacun ses problèmes, à chacun ses méthodes serait-on tenté de dire.

Ce sont toutes ces possibilités que nous devons examiner pour savoir si les concepts juridiques peuvent être soumis aux exigences de l'épistémologie poppérienne. Si Karl Popper prend le pouvoir chez les juristes, il faut alors identifier des énoncés juridiques qui puissent

⁸ LDS, p.31.

⁹ LDS, p.29.

¹⁰ LDS, p.258.

être falsifiables (I). En revanche, si Karl Popper est seulement leur invité, il s'agit de se demander si les théories juridiques peuvent être révisées (II). Si, au contraire, Karl Popper est un étranger, on soulignera une différence trop radicale des objets et des méthodes pour espérer un dialogue (III).

I. - Popper au pouvoir : l'identification d'énoncés juridiques falsifiables

3. Hans Kelsen et les propositions de droit – Hans Kelsen admet (sans le dire explicitement) que la science du droit est entièrement configurée par le critère de la falsifiabilité. Un paragraphe entier de la *Théorie pure du droit* est justement consacré à la différence entre les normes de droit (*Rechtsnormen*) et les propositions de droit (*Rechtssätze*)¹¹. La science du droit ayant pour objet des normes juridiques¹², Hans Kelsen distingue les propositions descriptives qui portent sur les normes et les propositions prescriptives qui sont les normes elles-mêmes. Ainsi, décrire une norme n'est pas prescrire. C'est la différence qui existe entre le discours objet et le métadiscours.

Sur cette base, une norme ne peut être ni vraie ni fausse. Une norme est valide ou non valide selon qu'elle appartient ou n'appartient au système juridique considéré. En revanche, les énoncés portant sur les normes peuvent être dits vrais ou faux. Ce sont donc des énoncés falsifiables selon le critère poppérien. Hans Kelsen prend un exemple très clair à ce sujet. Si un manuel de droit civil énonce la proposition selon laquelle la non-exécution d'une promesse de mariage conduit à des dommages et intérêts, cette proposition est falsifiée si « *le droit de l'Etat en question n'établit pas l'obligation en question* »¹³.

Cette façon de présenter les énoncés juridiques falsifiables laisse apparaître une objection assez évidente. Comment la science du droit fait-elle alors pour échapper à la redite ou la tautologie ? Hans Kelsen, qui est très lucide, soulève lui-même cette objection aux termes de laquelle la description des normes en vigueur paraît bien superflue. Il précise alors de façon assez éloquente qu'« *il n'est qu'une réponse possible à l'objection, à savoir qu'elle aboutirait à admettre que serait inutile la juxtaposition au Code pénal d'un exposé scientifique du droit pénal -- c'est-à-dire, en généralisant, que serait superflue l'existence d'une science du droit à côté du droit lui-même* »¹⁴. Bref, la science du droit n'est pas inutile parce qu'elle doit bien... exister ! Un tel raisonnement suppose vrai ce qu'il s'agit de démontrer, en d'autres termes il n'est qu'une pétition principe. Ce sophisme pointe évidemment le fait que, dans un tel cadre théorique, la science du droit est d'une légitimité plus que douteuse (c'est un euphémisme).

¹¹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Bruylant - LGDJ, 1999, § 16, p.78-82.

¹² H. Kelsen, précité, § 14, p.77.

¹³ H. Kelsen, précité, § 16, p.81.

¹⁴ H. Kelsen, précité, § 16, p.82.

Si l'on prend met de côté l'affirmation pure et simple de l'utilité de la science du droit, on remarquera que Hans Kelsen a mis lui-même en lumière l'étrange conséquence de l'identification d'énoncés juridiques falsifiables. Ces énoncés ne sont qu'une simple répétition des normes en vigueur. En effet, la description rigoureusement exacte d'une proposition de langage ne peut être que la citation de cette proposition de langage. Le paradoxe est bien là : en voulant doter le droit d'une scientificité rigoureuse on vide du même coup la science du droit de toute valeur ajoutée. Pire, on réduit la connaissance en droit à de l'information, on annihile toute spécificité méthodologique et l'on se représente la recherche juridique comme une fastidieuse compilation de ce que le législateur et les juges ont déjà écrit. Pour paraphraser Kant, on pourrait donc dire qu'une telle science du droit est parfaitement rigoureuse mais qu'il y a tout de même un problème : elle n'a point de cervelle.

La rigueur de la connaissance s'obtient effectivement si les juristes acceptent d'être réduits à des perroquets. Même s'ils sont parfois de drôles d'oiseaux, on admettra qu'aucun d'eux n'acceptera le miroir tendu par la *Théorie pure du droit* et que tous lui préféreront une pratique impure du droit. En effet, la scientificité est ici réduite à une belle étiquette qui masque le néant de la connaissance juridique. Si Popper prend le pouvoir, il faut alors constater que cela aurait pour effet de produire un discours juridique parfaitement plat et lénifiant.

4. Alf Ross et la validation empirique – Alf Ross est un auteur emblématique du courant de l'empirisme juridique qui propose une façon différente d'appréhender le positivisme¹⁵. Selon lui, la science juridique est une science empirique et, comme Kelsen, il soutient que les énoncés juridiques peuvent être dits « vrais » ou « faux »¹⁶. Plus précisément, il s'agit selon lui de prévoir les décisions juridictionnelles futures en s'attachant à l'étude des faits sociaux. C'est là que la différence avec Kelsen se dessine : la science du droit est pour Ross une science des faits et non science des normes.

Parce que la science du droit porte sur des faits, ses énoncés sont empiriques et susceptibles de vérité ou de fausseté¹⁷. Nous retrouvons donc ici un des caractères de l'épistémologie de Karl Popper¹⁸. Il s'agira ainsi d'étudier la conduite des juges à travers les décisions rendues et l'idéologie qui anime ces décisions¹⁹. Ainsi, le droit réel sera obtenu en recensant les normes, principes ou directives qui sont effectivement suivis par les juges. Ces sources réelles du droit pourront même inclure les idées de justice que les juges acceptent²⁰.

¹⁵ E. Millard, « Présentation », *Droit et société*, 2002/1, n°50, p. 15, dans le cadre du dossier : « Une théorie empiriste du droit est-elle possible ? Lectures de Alf Ross ».

¹⁶ R. Guastini, « Alf Ross : une théorie du droit et de la science juridique », *Théorie du droit et science*, PUF, Leviathan, dir. P. Amserek, 1994, p.249.

¹⁷ A. Ross, *On law and justice*, Stevens, London, 1958, § 9.

¹⁸ E. Millard, précité, p.15 : « La connaissance du droit vise donc à parler de ce qui existe, et à le faire selon des processus répondant à des protocoles de vérification et de réfutation ».

¹⁹ A. Ross, précité, § 8.

²⁰ A. Ross, précité, § 8.

Aussi rigoureuse et intelligente que soit la démarche de Ross, elle conduit inévitablement le juriste à un certain malaise. Ce dernier provient du fait que la véritable connaissance du droit ne correspond en rien à la pratique millénaire du droit comme discours argumenté devant un juge. Souscrire aux analyses de Ross c'est effectivement disposer d'énoncés falsifiables mais cette connaissance sur le droit n'est pas une connaissance du droit. Autrement dit, elle présente le juriste au mieux comme un inconscient, au pire comme un hypocrite. Ou bien le juriste ne sait qu'il fait autre chose que du droit lorsqu'il s'adonne à son activité : il est inconscient des causes réelles qui le déterminent. Ou bien le juriste est un hypocrite patenté qui dissimule ses véritables motifs sous un discours rhétorique totalement fallacieux qu'il enseignera pourtant comme étant vrai.

En bref, on peut légitimement s'interroger sur le tribut qu'il faut payer pour recevoir le label de science juridique en tant que science produisant des énoncés falsifiables. Se modeler sur les exigences poppériennes conduit à des résultats qui décentrent l'analyse vers une espèce d'ailleurs du droit. Le droit serait dans la psychologie, le social, l'économique mais jamais dans le discours juridique lui-même. En somme il y aurait du droit partout sauf dans le discours juridique. Le paradoxe n'est pas mince et il doit conduire à relativiser très fortement le pouvoir que les juristes auraient peut-être trop imprudemment confié à Popper. Mieux vaut alors s'en inspirer plutôt que de lui laisser nous dicter ce que doit être une science du droit. Autrement dit, n'attribuons pas à l'épistémologie de Popper une valeur normative mais simplement une valeur indicative.

II. - Popper comme invité : la révision des concepts juridiques

5. L'adaptation du test empirique – Si la plupart des juristes français n'ont pas étudié la pensée de Karl Popper, ils mettent pourtant en œuvre une forme édulcorée du test empirique de falsifiabilité. En effet, le discours juridique n'hésite pas à qualifier certaines théories comme étant de « droit positif » et d'autres comme n'étant pas de « droit positif ». Tout se passe comme s'il était possible de vérifier ou réfuter les théories en les comparant au droit positif. Parmi tous les exemples, on peut lire que la théorie de la cause dans l'exécution du contrat n'est pas de droit positif²¹ ou que telle jurisprudence a condamné la théorie des groupes de contrats²² voire plus simplement encore que telle théorie « *ne correspond pas au droit positif* »²³. Cette façon de procéder fait bien penser à un test de type empirique. La différence avec Popper est qu'elle porterait sur des théories entières. D'ailleurs, les auteurs

²¹ P. Jourdain, « Celui qui a résilié unilatéralement le contrat doit-il payer le prix forfaitairement convenu pour l'exécution complète du contrat ? », obs. à la *RTD civ.* 1997, p.439.

²² L. Cadiet, *Jurisclasseur*, Fasc. 20 – *Transport des créances et autres droits incorporels. – cession de créance : conditions*, 10 mars 2014, § n°72.

²³ F.-J. Pansier, « En cas d'empêchement du père employeur, la fille peut licencier », *Cahiers sociaux*, 1 mars 2013, n° 250, p. 72.

parlent également de théories « consacrées » par le droit positif. L'expression est si fréquente qu'il est inutile de fournir des exemples précis.

Cette façon de procéder amène inévitablement à se demander ce qu'est le droit positif. Est-il réellement indépendant des catégories qui permettent de le penser ou de l'exposer ? C'est ainsi qu'un auteur qui défendait une certaine conceptualisation de la propriété s'est vu opposer que le droit positif ignorait une telle théorie. Cependant, notre auteur fait remarquer qu'« *il est évidemment un peu surprenant de lire que le droit positif ignorerait une construction intellectuelle destinée à l'expliquer, puisqu'une telle assertion semble bien inverser la cause et l'effet en matière de systèmes doctrinaux* »²⁴. Autrement dit, ce sont les concepts doctrinaux qui donnent sens au droit positif et non l'inverse.

Ce désaccord dévoile deux façons d'appréhender le rapport entre les concepts et le droit positif. Ou bien les concepts doctrinaux doivent refléter le droit positif et en donner une image fidèle. La distinction entre l'un et l'autre est purement formelle et les concepts doctrinaux sont entièrement configurés et modelés à partir du droit positif. Ou bien les concepts doctrinaux ont pour vocation d'expliquer les solutions de droit positif et donc de reconstruire éventuellement les justifications adéquates aux solutions arrêtés par le législateur et le juge. Sans étude approfondie, il est manifeste que le traitement des concepts comme des images du droit positif reconduit le même problème que celui abordé par Hans Kelsen. Où se trouve la valeur ajoutée de l'intervention doctrinale si sa description n'est qu'une redite ou une réexposition des concepts définis et utilisés en jurisprudence ? Dans cette perspective, une théorie est réfutée simplement parce qu'elle est différente des affirmations législatives ou jurisprudentielles. Il s'agit donc moins d'une réfutation que d'une absence de conformité à un discours de référence. La discordance éventuelle peut alors toujours être rectifiée en réajustant le discours doctrinal et le discours législatif ou jurisprudentiel qu'il prend pour objet. L'un et l'autre doivent être identiques.

En revanche, si les concepts juridiques appartiennent à un métadiscours, ils ne peuvent être validés ou invalidés par le discours qu'ils prennent pour objet. En effet, ce sont les concepts eux-mêmes qui permettent de rendre compte du fonctionnement du discours-objet. De la même façon que les vases que façonne le potier ne peuvent lui donner tort, le discours-objet ne peut renverser le discours qui en rend compte. Evaluer le travail du potier ou évaluer le travail doctrinal ne peut se faire qu'à partir de normes qui ne sont pas induites de l'objet lui-même. Ce n'est pas le vase en lui-même qui permet de dire s'il est bien fait mais d'autres critères qu'on lui applique et, de la même façon, ce n'est pas la jurisprudence ou la loi qui portent en elles-mêmes les marques de leur vérité. Cette façon de raisonner correspond bien à la pensée de Popper qui propose de réfléchir sur les règles ou les normes de la recherche elle-même²⁵.

²⁴ Th. Revet, « Natures juridiques respectives de la nue-propriété et de l'usufruit », obs. à la *RTD civ.* 2008, p.512.

²⁵ *LDS*, p.46 et p.47.

Ainsi, il est bien pauvre d'un point de vue épistémologique de considérer que les seules théories de droit positif sont les théories qui répètent les mots et les idées de la loi ou de la jurisprudence. Le test de la falsifiabilité est réussi au prix de l'adoption d'un discours juridique transparent et purement. L'enjeu est alors de penser la réfutabilité en dehors du critère trop simpliste de la seule différence entre deux contenus de discours.

6. La réfutation en dehors du test empirique est-elle possible ? – Si l'on refuse que le discours doctrinal se réduise à une tautologie, il faut renoncer à la réfuter en le comparant aux énoncés légaux ou jurisprudentiels. Autrement dit, il faut identifier un mode de réfutation des concepts juridiques qui soit indépendant de leur seule correspondance au discours qu'ils prennent pour objet. La méthode de Popper n'est pas transposable comme telle, sans modification. En revanche, il serait possible de retrouver son équivalent fonctionnel dans le droit.

Un équivalent fonctionnel est un élément qui joue un rôle identique dans un système théorique différent. Il nous faut donc trouver des analogies. Selon Popper, les concepts sont construits sur une base empirique²⁶. Son équivalent fonctionnel dans le droit est *la base des cas*. De même, les concepts juridiques n'ayant pas une base empirique semblable à celle des sciences du même nom, ils ne sont pas falsifiables au sens strict du terme²⁷. En revanche, il est possible d'exposer *leurs hypothèses de révision*. Il existe enfin des exigences qui peuvent être transposées comme telles. Il s'agit de la cohérence²⁸ ou de la simplicité²⁹ des constructions conceptuelles. Ces dernières étant présentes pour tout ensemble conceptuel, elles ne seront pas étudiées en elles-mêmes. Il nous reste alors à examiner les points qui font difficulté dans le domaine juridique.

7. L'impossible falsification – La recherche d'une modalité de réfutation des concepts juridiques conduit à poser une question délicate. La dichotomie du vrai et du faux peut-elle être appliquée de façon pertinente aux concepts juridiques ? En effet, pour Kelsen et la plupart des auteurs en théorie du droit voire en philosophie, seuls les énoncés portant sur un état de fait peuvent être dits vrais ou faux. Les normes ne sont elles ni vraies ni fausses mais valides ou invalides. Etant donné que les concepts juridiques n'ont pas pour fonction décrire le réel mais plutôt de le modeler, il devient délicat de prétendre les évaluer à partir de la catégorie de la vérité. Ainsi, lorsque le législateur définit le vol comme la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ou définit les servitudes comme une charge imposée à un fonds pour l'utilité d'un autre fonds, il est vain de se demander s'il existe des faits qui ne peuvent être classés dans de tels concepts. En effet, la fonction du concept est ici de découper dans le réel l'ensemble des cas qui tombent dans son extension c'est-à-dire dans son champ d'application.

²⁶ LDS, p.92-111.

²⁷ LDS, p.85.

²⁸ LDS, p.90 : « on peut la considérer comme la première des conditions auxquelles doit satisfaire *tout* système théorique, qu'il soit ou non empirique ».

²⁹ LDS, p.136-145.

Charles Eisenmann avait parfaitement vu le problème³⁰. Ainsi, la question de savoir si le concept d'Etat inclut la souveraineté ne peut être réglée en observant historiquement des Etats non dotés de la souveraineté³¹. La raison tient au fait que les concepts sont précisément créés pour identifier dans le réel les situations ou les cas jugés pertinents. En d'autres termes « *les concepts ne préexistent pas à l'intervention des juristes* »³². Ces remarques sont importantes. Premièrement, cela signifie que ce sont les concepts qui décident des faits qu'il faut observer pour que telle situation puisse être qualifiée de telle ou telle façon. Secondement, il faut encore comprendre que les concepts ne sont pas des entités naturelles que l'on pourrait cueillir comme des fleurs au détour d'un chemin. La combinaison de ces deux idées montre que les concepts ne peuvent être réfutés par les faits car ce sont eux qui fournissent justement un critère de répartition des situations de fait en catégories homogènes. Il est alors vain de considérer que les faits, rangés et sériés par les concepts, puissent réfuter les concepts qui les ordonnent. Si je décide de répartir une population entre deux classes : les hommes et les femmes, ma classification ne sera pas fautive s'il se trouve que dans une réunion il n'y a que des hommes ou que des femmes. De la même façon, il serait totalement absurde de soutenir que l'existence d'animaux réfute la distinction des hommes et des femmes. En revanche, s'il survient un élément d'un troisième genre, ni homme, ni femme, je peux légitimement m'interroger. Cet élément a-t-il été mal perçu (ses propriétés sont dissimulées) ou bien cet élément démontre-t-il qu'il est inclassable ? Si la première branche de l'alternative est écartée, alors ce nouvel élément doit me conduire à réviser mon critère de classification si je veux en rendre compte. Or cette attitude me paraît bien être celle des juristes confrontés à des cas limites qui éprouvent les distinctions reçues.

8. La révision par confrontation aux cas limites – Les cas limites sont des situations de faits qui sont à la limite entre deux concepts. Cette situation est connue en droit comme celle du concours de qualification. Les exemples de concours d'actions sont très nombreux au point que des thèses entières sont consacrées à la question³³. Par exemple, l'inconstructibilité d'un terrain est-elle une erreur ou un vice caché³⁴ ? La découpe d'arbres, qui est une contravention spécifique, peut-elle être également qualifiée de vol³⁵ ? Le paiement est-il un acte ou un fait juridique³⁶ ?

Pour résoudre ces problèmes de qualification (qui sont des problèmes de classification), il faut adopter une position sur les critères de distinction qui séparent les catégories. Cet exercice peut se révéler très difficile et aboutir à des distinctions très fines. Mais cet exercice illustre

30 Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques, textes réunis par Charles Leben*, Ed. Panthéon-Assas, 2002, p.289-305. Anciennement publié dans les *Archives de Philosophie du Droit*, t.11, 1966, p.25-43.

31 Ch. Eisenmann, précité, n°11, p.296.

32 Ch. Eisenmann, précité, n°12, p.296.

33 J.-Ph. Tricoire, *Les concours d'actions en matière immobilière*, LGDJ, Bibl. de dr. privé, 2009 ; F. Bussy-Dunaud, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties*, LGDJ, Bibl. de dr. privé, 1988.

34 Civ. 3^{ème} 15 mars 2000, *Bull.* III, n°61 ; Civ. 3^{ème} 24 fév. 1999, *Bull.* III, n°52.

35 Crim. 16 juin 1965, *Bull. crim.*, n°44

36 Civ. 1^{ère} 30 avr. 2009, n°08-13705

bien que les concepts juridiques font bel et bien l'objet d'une révision par approfondissement constant de leur contenu. Afin d'éviter d'exposer des situations trop techniques comme celles qui viennent d'être citées, on peut considérer un exemple plus simple. La loi ne définit pas le contrat. Toutefois, en raison de la mention dans la loi du terme convention³⁷, la doctrine admet à une majorité écrasante qu'il est un accord de volontés. C'est alors que le critère se révèle insuffisant pour distinguer les contrats juridiques (pouvant donner lieu à exécution forcée) et les engagements simplement moraux (comme une invitation à dîner) dépourvus de force obligatoire droit. Par exemple, la remise d'une chose acceptée par pure complaisance ne suffit pas à caractériser un dépôt³⁸. Les services rendus de façon amicale ou bénévole ne tombent pas non plus sous la qualification de contrat³⁹. La raison tient au fait que le concept juridique de contrat comporte un critère supplémentaire : l'accord de volontés doit intervenir « en vu de produire des effets de droit ». Mais même ce critère est très difficile à mettre en œuvre. Tout ceci montre que la singularité de certains cas oblige toujours à affiner et préciser nos concepts en les réformant sans cesse. Cette idée est bien poppérienne car, selon un passage assez connu, Karl Popper décrit les théories comme « *des filets destinés à capturer ce que nous appelons "le monde" ; à le rendre rationnel, l'expliquer et le maîtriser* »⁴⁰. Dans un contexte juridique, il s'agit bien évidemment non pas d'expliquer les cas examinés mais de rendre raison du traitement qui leur sera appliqué. Cette exigence conduit à une inévitable rationalisation et catégorisation du réel qui conduit par voie de conséquence à toujours chercher l'inclusion du cas dans la catégorie adéquate.

Le terme de « catégorie adéquate » nous met sur la voie dans la mesure où l'adéquation est, depuis un tournant dans la pensée philosophique qui remonte à Platon⁴¹, le critère même de la vérité. Les concepts juridiques peuvent donc être dits vrais ou faux dans la mesure où ils permettent de ranger chaque cas dans une seule catégorie et de classer tous les cas. Les concepts juridiques doivent donc répondre au moins à une double exigence : la non-contradiction et l'exhaustivité. Aucun cas ne doit pouvoir être classé dans deux catégories incompatibles simultanément. Par exemple, un bien ne peut pas être meuble *et* immeuble en l'état des concepts légaux actuels⁴². De même, aucun ne peut échapper à sa distribution dans des catégories structurées de façon binaire ou ternaire. Cette exigence n'est pas autre chose que la cohérence qui n'est pas propre au droit. En revanche,

9. Le problème de l'exhaustivité des cas – L'exigence d'exhaustivité appelle des précisions. Un concept peut-il être invalidé parce qu'il ne prévoit pas un cas ? Bref, que décider lorsqu'un cas donné est inclassable dans un système conceptuel ? Cela signifie-t-il que le concept est réfuté ? Cette série de questions ressemble à s'y méprendre à l'interrogation classique sur les lacunes. Il est bien évident qu'il faut différencier la question des lacunes à proprement parler

³⁷ CCiv. art. 1101 et 1134.

³⁸ Com. 25 sept. 1984, n°83-12666.

³⁹ Civ. 1^{ère} 6 avr. 1994, n°91-21047

⁴⁰ LDS, p.57.

⁴¹ M. Heidegger, *De l'essence de la vérité : approche de l'allégorie de la caverne et du Théétète*, Gallimard, 2001.

⁴² CCiv. art. 516

et celle de l'incomplétude du système conceptuel. Les lacunes à proprement parler sont un problème qui revêt une dimension morale ou axiologique. C'est un jugement de valeur porté sur la législation en vigueur.

Par exemple, ce type de raisonnement a été celui qui a conduit à dénoncer l'impossibilité pour les personnes de même sexe de pouvoir se marier. Cette soi-disant incomplétude n'a rien d'un problème logique, c'est bien au contraire une question axiologique. En revanche, l'admission du mariage homosexuel était déjà logiquement obtenue dès la révision du concept juridique de couple. Avant la reconnaissance du concubinage et la création du pacte civil de solidarité (PACS), le mariage était le seul modèle de couple. Juridiquement parlant, tout couple était marié. En l'état de la législation, il aurait été absurde de dire que le droit ne prenait pas en compte les homosexuels parce que le concept existant faisait de la différence de sexe un critère nécessaire pour la qualification de couple.

L'introduction des concepts légaux de concubinage et de PACS a changé la nature du problème. Concubinage et PACS sont devenus des sous-catégories du concept plus général de couple. *D'un strict point de vue logique*, cette modification ne pouvait que conduire à la révision du concept de mariage. En effet, le mariage étant devenu une spécification du concept général de couple, l'obstacle principal a été levé : il pouvait exister des couples homosexuels. La différence de sexe n'était alors plus un élément constitutif du concept de couple. Dès lors, il paraissait absurde qu'au sein du concept général de couple il y ait des couples seulement hétérosexuels (le mariage) et des couples qui pouvaient être hétéro ou homosexuels. En effet, mariage, PACS et concubinage n'apparaissaient désormais que comme trois formes plus ou moins contraignantes de l'organisation de la vie à deux. En outre, réserver la famille au mariage était inconsistant puisque l'égalité des enfants naturels et légitimes a conduit à admettre que les concubins puissent également fonder une famille en tout point égale au mariage du point de vue des droits et devoirs à l'égard des enfants.

Est-ce que le concept de mariage ou de couple était auparavant faux parce qu'il n'envisageait pas les couples homosexuels ? Il faut rappeler la leçon de Charles Eisenmann : une classification ne peut se décider par des arguments de fait⁴³. Ce sont seuls les concepts juridiques qui tranchent et fixent les cas pertinents. Avant la législation sur le concubinage homosexuel, le couple homosexuel était sans doute un concept sociologique mais non un concept juridique. Juridiquement parlant, le concubinage homosexuel n'existait pas. Seul existait le concubinage hétérosexuel construit par symétrie avec le concept de mariage. Le concept juridique de couple supposait donc forcément la différence de sexe et se subdivisait en couple uni par un lien de droit (le mariage) et couple de fait (le concubinage). Le même raisonnement s'applique d'ailleurs à la prise en compte du concubinage hétérosexuel qui n'était en rien nécessaire. La jurisprudence aurait pu s'en dispenser car le fait ne contient en lui-même aucune nécessité. Le raisonnement est exactement le même que pour la qualification des services rendus : ils ne sont pas des contrats même s'ils en ont l'apparence. Il

⁴³ Ch. Eisenmann, précité, n°12, p.297.

ne s'agit pas ici d'une fausse ou mauvaise définition mais bien au contraire de la pleine application de la définition existante.

L'exhaustivité ne signifie donc pas que les concepts doivent épuiser tous les cas qui *se présentent dans le réel*. Cet objectif est bien plutôt celui qui conviendrait à une science de la nature. En droit, il suffit que le système conceptuel permette de statuer sur tous les cas qui se présenteront à lui, ce qui est bien différent. Cette exigence correspond en réalité à l'interdiction du déni de justice⁴⁴. Tout litige doit pouvoir trouver une solution, cette solution fût-elle le rejet de la demande. Le véritable problème réside donc non pas dans le fait que certains cas n'aient aucun statut juridique mais bien plutôt dans le fait de savoir ce que les solutions déjà admises permettent de décider pour les nouveaux cas.

Ce développement permet donc de comprendre la différence essentielle qui existe entre la réfutation d'un concept et la révision d'un concept. En droit, les concepts ne peuvent être réfutés par des arguments de fait parce que ce sont les concepts qui permettent de statuer les faits. En conséquence, à la différence de la pensée poppérienne, les concepts juridiques ne peuvent pas être dits réfutables mais seulement révisables. C'est un équivalent fonctionnel et non une application directe dans le droit des critères de Karl Popper.

10. La révision au regard de la base des cas – La complétude d'un système conceptuel est construite en droit à partir d'une base de cas et de solutions. Les solutions admises par les sources du droit seront regroupées de façon homogène de façon à dégager des catégories plus générales qui permettront de classer les cas résiduels non prévus par les textes. C'est la fonction même de ce qu'on nomme le droit commun.

Cette opération de conceptualisation est particulièrement connue sous le nom de « nature juridique »⁴⁵. La nature juridique correspond aux catégories du droit, c'est-à-dire aux concepts comportant un degré élevé de généralité. Ces catégories, elles-mêmes regroupées en « théories générales »⁴⁶, sont construites à partir d'une base de cas. Or les concepts devront cette fois être exhaustifs, c'est-à-dire rendre compte de la totalité des cas énoncés dans la base de référence. Si les concepts élaborés ne peuvent expliquer une solution, c'est qu'ils sont incomplets et doivent donc être révisés. La révision dépend donc ici de la capacité des concepts à embrasser tous les cas prévus et institués. Cette exigence peut donner lieu à des constructions juridiques de grande ampleur et d'un raffinement extrême. Ainsi, le fait que quelques articles du code civil prévoient que le propriétaire d'un fonds grevé d'une servitude doit réaliser des ouvrages⁴⁷ a conduit à créer le concept d'obligation réelle⁴⁸. Certains auteurs ont même prôné l'abandon de la distinction des droits réels ou personnels et une refonte

⁴⁴ CCiv. art. 4.

⁴⁵ J.L. Bergel, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1983, p.255-272.

⁴⁶ Ph. Jestaz, Ch. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p.231.

⁴⁷ CCiv. art. 686 et 698

⁴⁸ L. Michon, *Des obligations propter rem dans le Code civil*, thèse Nancy, 1891 ; M. de Juglart, *Obligation réelle et servitudes en droit privé français*, thèse Bordeaux 1937 ; H. Aberkane, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, LGDJ 1957 ; J. Scapel, *La notion d'obligation réelle*, PUAM, 2002.

conceptuelle intégrale de la classification des droits⁴⁹. L'introduction d'un nouveau cas peut donc conduire à de profondes révisions. Ainsi, la possibilité pour le créancier principal de se prévaloir du cautionnement malgré l'extinction de la créance principal conduit à ne plus pouvoir expliquer la solution en recourant au concept d'accessoire⁵⁰. En effet, si l'accessoire suit le principal la nouvelle solution devient inintelligible. Elle devrait conduire à l'extinction et non au maintien du cautionnement.

La distinction entre la base des cas et la conceptualisation qui la prend pour objet évoque celle de François GénY entre le donné et le construit. François GénY est pourtant manifestement gêné lorsqu'il s'agit de décider si les concepts appartiennent au construit ou au donné. Selon lui, les concepts relèvent du donné ou du construit⁵¹. En effet, si le concept porte sur un fait, il appartient au donné. En revanche, s'il possède un degré d'abstraction qui l'éloigne du réel il relève du construit⁵². Pourtant, la difficulté qu'examine François GénY est en trompe l'œil. Les définitions légales et jurisprudentielles portent sur des faits mais sont en même temps l'objet des constructions doctrinales. L'embarras de François GénY vient du fait que les concepts légaux tentent déjà de rendre raison des solutions légales. Ce que l'auteur a perdu de vue est que les constructions doctrinales ne sont nullement tenues par les conceptualisations légales ou jurisprudentielles. Non pas que le but de la description du droit soit de modifier les solutions. Au contraire, le but de toute systématisation est bien plutôt de justifier et de rendre compte d'un corpus de solutions. Si les concepts inclus dans les textes ne rendent pas suffisamment raison de la cohérence des solutions, le travail doctrinal va consister à reconceptualiser de façon homogène les solutions attribuées à chaque cas⁵³. Nous sommes donc ici dans une authentique hypothèse de révision.

Ainsi, tous les concepts de la dogmatique juridique (encore appelés « concepts doctrinaux ») sont bel et bien construits. Le fait contingent qu'un concept inclus dans le discours-objet soit repris à l'identique dans le métadiscours ne change pas son statut théorique : les concepts juridiques demeurent des constructions et non pas des entités naturelles.

11. Hypothèses de révision – Les concepts juridiques ne sont certes pas réfutables par des arguments de fait mais ils sont révisables selon plusieurs hypothèses que l'on peut tenter de classer.

Première hypothèse : un concept peut être révisé si la solution attribuée à un cas est modifiée. Par exemple si le paiement peut se prouver non plus seulement par écrit mais par tout moyen, il faudra en conclure qu'il n'est pas un acte juridique mais un fait juridique. C'est ordinairement ce qu'on nomme les revirements de jurisprudences ou ce qui advient lorsque d'anciennes lois sont remplacées par de nouvelles.

⁴⁹ S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance*, LGDJ, 1960.

⁵⁰ F. Rouvière, « Le caractère subsidiaire du cautionnement », *RTD com.* 2011, p.689-710.

⁵¹ F. GénY, *Science et technique en droit privé positif. Tome III : Elaboration technique du droit positif*, Sirey 1921, n°268, p.520.

⁵² F. GénY, *Science et technique en droit privé positif. Tome IV. Rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif*, Sirey, 1924, n°277, p.31

⁵³ R. Libchaber, « Le juriste et ses objets », *Enquête* 1999, p.252.

Deuxième hypothèse : un concept peut être révisé lorsqu'un nouveau cas est introduit par assimilation aux cas déjà existants et soumis à la même solution. Par exemple, le dol, défini par le Code civil comme des manœuvres, a dû être révisé comme incluant la réticence dolosive lorsque la jurisprudence a admis que le seul silence pouvait être une manœuvre. Le concept de dol a été enrichi.

Troisième hypothèse : un concept peut être révisé lorsqu'un nouveau cas est introduit mais tombe dans le champ d'un autre concept. C'est une révision en cascade. Par exemple, les loteries publicitaires sont admises comme des quasi-contrats⁵⁴. Il faut modifier le concept de quasi-contrat qui était jusqu'alors défini comme un transfert de valeur sans contrepartie. Cela correspond à la deuxième hypothèse. Mais, à la différence de la deuxième hypothèse, c'est toute l'économie de la classification des sources des obligations qui risque d'être bouleversée. En effet, cela conduit à repenser la distinction entre contrat et quasi-contrat et donc entre l'acte juridique et le fait juridique⁵⁵.

Quatrième hypothèse : un concept peut être révisé lorsqu'un même cas peut être classé dans des catégories incompatibles. C'est l'hypothèse du concours de qualifications qui nécessite de redéfinir les concepts de façon à lever l'incompatibilité des qualifications. L'exemple déjà pris est celui du terrain inconstructible qui peut être à la fois une erreur et un vice caché⁵⁶.

12. Révision, vérité et savoir – Lorsque les concepts juridiques ne rendent pas compte de façon cohérente de l'ensemble des cas et des solutions, ils peuvent être dits « inadéquats » et donc en définitive « faux ». C'est en ce sens que Philippe Rémy parlait de la responsabilité contractuelle comme d'un « faux concept »⁵⁷. Il est faux car intrinsèquement générateur de contradictions c'est-à-dire de conflits de qualifications. En outre, il ne rend pas compte de toutes les solutions, y compris les solutions légales comme celles qui admettent une preuve unique pour obtenir des dommages et intérêts dans l'hypothèse d'une inexécution de l'obligation de ne pas faire⁵⁸ alors même que le concept de responsabilité contractuelle stipule qu'il faut prouver faute, lien de causalité et dommage. Si l'on veut garder une terminologie plus neutre et si l'on veut réserver les termes de vrai et faux non pas à l'adéquat ou l'inadéquat mais seulement à l'adéquation empirique alors mieux vaut dire que les concepts sont *mal construits*. Ils doivent donc être reconstruits ce qui est une autre façon de dire qu'ils doivent être révisés.

Ainsi, les concepts juridiques sont sans cesse retravaillés de façon à être adéquats à leur objet. On est ici très loin de l'idée maintes fois reçue que les théories juridiques figent la réalité. Bien au contraire, elles ne cessent de s'y adapter en réformant les justifications conceptuellement pertinentes.

⁵⁴ Ch. mixte, 6 sept. 2002, n°98-22981.

⁵⁵ C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé: recherché sur les sources des obligations*, Defrénois, 2007.

⁵⁶ V. *supra*, n°8

⁵⁷ Ph. Rémy, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323 et s.

⁵⁸ Civ. 1^{ère}, 14 oct. 2010, n° 09-69928

Cette façon de présenter le problème de la révision des concepts souligne la différence importante qui existe entre le savoir juridique et le pouvoir. Attribuer une solution à un cas relève d'un pouvoir de décision. Dire quels sont les cas qui sont semblables ou assimilables entre eux est une œuvre de conceptualisation qui relève du savoir. Même Hans Kelsen admet une telle distinction⁵⁹ alors qu'il a par ailleurs soutenu que l'interprétation était un acte de volonté et non de connaissance⁶⁰. Nous pensons ainsi que la révision des solutions attribuées aux cas est bel et bien une question de pouvoir. Dans cette dernière hypothèse, il s'agit alors de la présentation du droit préférable (*de lege ferenda*). En revanche, la révision des concepts eux-mêmes qui rendent compte de l'identité des cas est bien une question de savoir qui vise à décrire le droit tel qu'il est (*de lege lata*). Ce dernier travail de conceptualisation relève d'une véritable recherche juridique. Pourtant, la description du droit positif est souvent présentée comme une activité purement didactique ou pédagogique. On ne saurait s'en tenir là sans occulter l'apport considérable du discours doctrinal qui révisé sans cesse les concepts juridiques de façon à repenser constamment leur adéquation à l'objet qu'ils visent.

La description adéquate du droit positif implique la mise en cohérence des qualifications. Or Karl Popper reconnaît explicitement que la cohérence est une condition à laquelle doit satisfaire tout système théorique, même non empirique⁶¹. Ainsi, les juristes disposent bien d'une instance de révision conceptuelle analogue à celle présente dans l'épistémologie de Karl Popper. Toutefois, il serait excessif de dire que les concepts sont réfutables si l'on entend par là que des éléments tirés du réel pourraient établir que les concepts juridiques sont faux. Les cas que les concepts prennent en compte sont arrêtés par une volonté. Les concepts juridiques peuvent seulement être dits bien ou mal construits. De cette évaluation dépend alors la question de leur révision épistémologique. Cette question est bien évidemment indépendante de la révision des solutions attachées par le législateur ou le juge aux cas qui sont l'objet des concepts juridiques. La révision des concepts juridiques peut être réalisée sans porter sur eux un jugement de valeur, c'est en ce sens étroit qu'il y a un équivalent fonctionnel à la falsifiabilité de Karl Popper.

III. - Popper comme étranger : l'impossible réfutabilité

13. L'exigence de reproductibilité – Le critère de falsifiabilité de Karl Popper pourrait bien être inapplicable si l'on s'en tient à la formulation stricte qu'il en donne. En effet, la falsifiabilité signifie la possibilité pour un énoncé d'être réfuté. En revanche, la falsification d'une théorie ne sera atteinte qu'à la condition d'identifier un « *effet reproductible qui la réfute* »⁶². Cette exigence de la reproductibilité de l'effet est donc essentielle pour pouvoir

⁵⁹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999, § 16, p.80

⁶⁰ H. Kelsen, précité, § 46, p.339 et s.

⁶¹ LDS, p.90.

⁶² LDS, p.85.

conclure à une réfutation effective car « *des évènements singuliers non reproductibles n'ont pas de signification pour la science* »⁶³.

La fracture avec la connaissance juridique est ici évidente. Par hypothèse, le droit porte sur du singulier, c'est-à-dire sur des cas qui possèdent chacun en propre des caractéristiques qui ne se retrouvent pas dans un autre cas⁶⁴. De façon générale, cela signifie que deux cas ne sont jamais identiques en fait même s'ils peuvent être traités comme identiques par le droit en raison des concepts utilisés pour les qualifier⁶⁵. Deux vols ne sont jamais identiques, ni par l'auteur, le lieu, le temps et les circonstances mais l'analyse juridique prend le parti de les traiter malgré tout comme des faits pouvant être rangés sous un même concept de vol.

Inversement, l'objet même de la science physique paraît impliquer une certaine régularité et une certaine récurrence des phénomènes⁶⁶. Si cette exigence est nécessaire à la falsification au sens de Karl Popper, il est alors possible de conclure avec certitude qu'aucun concept juridique et qu'aucune théorie juridique ne peut être rigoureusement falsifié. En prenant pour objet des singularités, c'est-à-dire des cas comportant forcément des spécificités au regard de ceux déjà traités, il devient impossible de parler d'effet reproductible.

Cette conclusion ne doit pas étonner : elle découle seulement du fait qu'il n'existe pas d'expériences de laboratoire en droit car l'objet de la connaissance juridique ne porte jamais sur les faits naturels eux-mêmes. Au mieux, il s'agit d'étudier le comportement humain et de fixer ses régularités. Mais, même dans cette hypothèse, Hans Kelsen reconnaît que la vérification ne peut avoir lieu que de façon globale⁶⁷ c'est-à-dire « *en gros et de façon générale* »⁶⁸. Pour le dire autrement, même lorsque les énoncés juridiques ont un contenu empirique ils ne satisferont jamais à la reproductibilité dont parle Karl Popper. Dans tous les cas, Karl Popper est bel et bien un étranger à cet égard.

14. L'existence de théories immuables – Le droit produit par ailleurs des théories qui paraissent immuables. Elles ne sont susceptibles ni de révision, ni, à plus forte raison, de falsification. L'existence de telles théories paraît alors accréditer la thèse que si Karl Popper est traité comme un étranger c'est que la science du droit est du coup un concept qui serait étranger à Karl Popper. Pour le présenter différemment, l'impossibilité d'être soumis à la révision ou la falsification paraît clairement faire entrer les théories juridiques de plain-pied dans un espace métaphysique d'entités abstraites qui ne renvoient à rien d'observable. C'est la part du construit dont François Génay a parlé⁶⁹. Certains concepts ne paraissent correspondre à

⁶³ LDS, p.85.

⁶⁴ H. Kelsen, précité, § 35, p.251.

⁶⁵ F. Rouvière, « Traiter les cas semblables de façon identique : un aspect méthodologique de l'idée de justice », *Jurisprudence. Revue critique*, 2012, p.99.

⁶⁶ LDS, p.83, 85 et 257.

⁶⁷ H. Kelsen, précité, § 6, p.54.

⁶⁸ H. Kelsen, précité, § 34, p.215 et p.220

⁶⁹ F. Génay, *Science et technique en droit privé positif. Tome IV. Rapports entre l'élaboration technique et l'élaboration technique du droit positif*, Sirey, 1924, n°277, p.31

aucun élément de fait. Ce sont des objets qui n'existent que dans la construction juridique⁷⁰ : la personnalité morale, le droit subjectif, le pouvoir d'aliéner une chose etc. Il est possible de nuancer ce sentiment d'étrangeté en faisant remarquer que les concepts abstraits sont toujours rattachables à des concepts ayant un contenu factuel et concret. Le droit subjectif à l'état pur n'existe pas plus que la personnalité juridique sans patrimoine constitué de choses bel et bien existantes et tangibles.

Néanmoins, il existe des théories bien plus ennuyeuses de ce point de vue, ce sont des théories qui tout en renvoyant à des éléments du réel n'en sont pas moins irréfutables. Par exemple, la distinction des obligations de moyens et de résultat est toujours conforme à son objet. Cette théorie absorbe tout et explique tout car la solution arrêtée par le juge sera qualifiée *a posteriori* comme étant de moyens ou de résultat⁷¹. Pourtant, à ce jour, il n'existe aucun critère véritablement opératoire qui permette de bien distinguer les deux catégories⁷². Cette remarque pourrait encore être étendue à tous les concepts dont l'unité se réduit à une collection de cas sans critères explicites de rattachement. Par exemple, la liste des actes de gouvernement insusceptibles d'un recours pour excès de pouvoir peut bien être dressée *a posteriori*. Pour avoir si un acte est un acte de gouvernement il n'existe pas de critère conceptuel. L'unité des cas est purement fonctionnelle selon une analyse restée célèbre⁷³. Or l'unité de fonction ne peut jamais être prise en défaut car elle admet en soi une révision de principe est une indétermination native. Tous les concepts à contenu indéterminé ne peuvent donc être soumis au test de réfutabilité de Popper car ces concepts seront toujours après coup ce qu'ils étaient censés être. Quel que soit le contenu de l'ordre public ou de la faute, il s'agira toujours du même concept alors pourtant que son contenu aura notablement évolué⁷⁴.

Il existerait donc en droit des entités théoriques immuables car toujours paradoxalement adaptables. Cette remarque pointe avec force l'enjeu théorique des définitions. La rigueur dans la connaissance n'est atteinte que par la recherche de définitions formellement explicitées⁷⁵ et comprenant des éléments constitutifs nettement identifiables. L'exigence de sécurité juridique paraît bien passer par là. Au moins les éléments de définition sont nombreux et au moins ils sont précis ; au plus le concept paraîtra avoir déjà prévu la situation de fait à qualifier⁷⁶. Mieux : les seuls effets d'une catégorie sont impropres à définir la catégorie⁷⁷. La question n'est pas de savoir si le contrat est nul mais pourquoi il peut être considéré comme nul. Si les catégories permettant de conclure à la nullité du contrat n'étaient pas nettement délimitées, la solution qui consiste à annuler le contrat serait sans justification. Or si les justifications d'une solution ne sont pas révisables alors qu'on admet en même temps la révision des cas soumis à la solution, il y a une profonde incertitude sur l'état du droit. Se

⁷⁰ R. Libchaber, précité, p.253.

⁷¹ C. Atias, *Epistémologie juridique*, Dalloz, 2002, n°309, p.183.

⁷² C. Atias, précité.

⁷³ G. Vedel, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait », *JCP* 1950, I, 851.

⁷⁴ F. Haid, *Les notions indéterminées dans la loi*, thèse, Aix-en-Provence, 2005, p.13-14.

⁷⁵ R. Bandom, *L'articulation des raisons*, Cerf, 2009, p.19.

⁷⁶ F. Haid, précité, p.

⁷⁷ J.-L. Bergel, précité, n°10, p.263.

fonder sur des concepts, c'est rendre raison des changements opérés. Procéder autrement est verser dans l'arbitraire, c'est-à-dire dans un choix sans raison explicite ni même implicite (et qu'il serait possible d'expliciter).

Une fois encore, la possibilité de parvenir à une telle conclusion n'est pas totalement surprenant. En faisant dépendre le droit de l'exercice d'une volonté, voire en soutenant que l'interprétation elle-même est un acte de volonté, il est évident que l'idée même d'une révision des concepts (qui implique l'idée d'une révision des connaissances) devient saugrenue. Le pouvoir et le savoir ont des natures différentes. L'un ne peut empiéter sur l'autre sans créer un trouble ou une confusion. Connaître n'est pas vouloir et réciproquement. C'est dire que la soumission du pouvoir au savoir n'est alors que la forme la plus évidente et la plus visible du refus de l'arbitraire. C'est dire que si Karl Popper peut parfois nous paraître totalement étranger quant à ses exigences épistémologiques, il paraît périlleux d'en déduire trop hâtivement que le droit n'est que le pouvoir à l'état pur. L'affirmer c'est renoncer à toute connaissance et c'est réduire le discours juridique à une hypocrisie. Le droit n'est pas pris au sérieux pour paraphraser le célèbre titre d'un ouvrage de Ronald Dworkin⁷⁸. Et pourtant, n'est-il pas paradoxal qu'un auteur comme Hans Kelsen (qui a voulu distinguer nettement le droit de la science du droit) parvienne à de telles conclusions ? Selon Hans Kelsen, celui qui recherche ce qu'il y a derrière le droit positif ne trouvera que « *la tête de Gorgone du pouvoir plonger son regard dans le sien* »⁷⁹. Cette analyse pétrifiante dans tous les sens du terme interdit évidemment de penser toute révision car tout pouvoir est égal à lui-même et demeure invariant. En définitive, s'il n'est donc pas certain que tout aille pour le mieux si Karl Popper prend le pouvoir, gageons toutefois qu'il vaut mieux qu'il soit notre invité plutôt qu'un étranger.

⁷⁸ R. Dworkin, *Taking rights seriously*, 1977.

⁷⁹ H. Kelsen, "Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung (Aussprache)", *IVVStRL*, 1927, n°3, p.54-55 cité par R. Baumert, « Une "vision morale" de la justice constitutionnelle sous la République de Weimar », *Juspoliticum, Revue internationale de droit politique* : <http://www.juspoliticum.com/Une-vision-morale-de-la-justice.html>, consulté le 30 mars 2015.